



Les dérogations au monopole en droit des brevets

Jean-Pierre Clavier

► To cite this version:

Jean-Pierre Clavier. Les dérogations au monopole en droit des brevets. Aspects juridiques de la valorisation des denrées alimentaires - Aspectos jurídicos de la valorización de los productos alimentarios, 2012, 9782918382065. hal-01081968

HAL Id: hal-01081968

<https://hal.science/hal-01081968>

Submitted on 12 Nov 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives| 4.0 International License



LES DEROGATIONS AU MONOPOLE EN DROIT DES BREVETS *

Jean-Pierre CLAVIER,

Professeur de droit privé à l'Université de Nantes
Directeur de l'Institut de Recherche en Droit Privé

« Peut-être est-ce une constante de la psychologie sociale que cette sorte d'angoisse que l'on pourrait appeler l'angoisse historique : celle qu'éprouvent les hommes lorsque, plus ou moins confusément, ils se sentent emportés dans le devenir de l'humanité... Il y a cependant des données objectivement mesurables qui font penser que, cette fois, les transformations ont été exceptionnellement vastes et rapides, que l'inquiétude des témoins est, partant, plus fondée, et l'angoisse existentialiste autrement réelle que ne le fut le mal du siècle romantique... »

J. Carbonnier, *La part du droit dans l'angoisse contemporaine*, 1958¹

1. À première vue, le sujet paraît classique et se présente comme une belle « question de cours », mais placé dans le contexte de ce colloque, il se révèle bien vite fuyant et paradoxal si l'on confronte le titre de ce colloque - « *La valorisation des produits agricoles : approche juridique* » - à celui de cette intervention - « *Les dérogations au monopole en droit des brevets* ».

Le thème général invite à examiner la valorisation des produits agricoles par l'emploi de certains droits de propriété intellectuelle comme le droit des signes de qualité. On aurait pu poursuivre le raisonnement et envisager la manière dont le droit des brevets favorise, grâce au monopole qu'il octroie à l'inventeur, la recherche de la performance, promeut la qualité des produits agricoles et, d'une certaine façon, leur valorisation. Mais, étudier les « *dérogations au monopole* » dans ce contexte revient à considérer, implicitement, que le monopole constitue un obstacle à la valorisation des produits agricoles ce qui justifierait d'identifier les moyens de s'en extraire.

Il faut alors considérer la question sous l'angle d'un conflit entre celui qui, fort d'un brevet, exerce ses droits sur un produit agricole d'une part et celui qui, d'autre part, entend

* Le programme Lascaux est un programme européen entant dans le cadre du 7e PCRD - Programme spécifique "IDEES" – ERC (Conseil Européen de la Recherche) – *Grant agreement for Advanced Investigator Grant* (Sciences sociales, 2008). Il porte sur le nouveau droit agroalimentaire européen, examiné à l'aune des problématiques de la sécurité alimentaire, du développement durable et du commerce international. Il est dirigé par François Collart Dutilleul, professeur à l'Université de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France (pour plus d'informations, consulter le site de Lascaux : <http://www.droit-aliments-terre.eu/>).

Les recherches menant aux présents résultats ont bénéficié d'un soutien financier du Centre européen de la recherche au titre du septième programme-cadre de la Communauté européenne (7e PC / 2007-2013) en vertu de la convention de subvention CER n° 230400.

¹ J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, p. 153.



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

« valoriser » le produit à la condition qu'il s'évince du monopole en profitant de l'une ou l'autre de ces dérogations.

2. L'idée du conflit induit celle d'intérêts difficilement conciliables et donc, pour les acteurs en cause, de positions économiques antagonistes. Il y aurait d'un côté les titulaires des brevets et de l'autre les acteurs de la valorisation des produits agricoles : schématiquement, une opposition entre le monde industriel et le monde agricole. Dans sa généralité, cette vision est fautive, car les activités traditionnelles de l'agriculteur ne le portent pas à devenir un acteur du droit des brevets², mais seulement un utilisateur de produits brevetés³, comme dans toute activité professionnelle. Or, cette situation ne fait naître aucune contrainte juridique pour l'utilisateur final du produit breveté. On pourrait donc assez rapidement parvenir à la conclusion que le monde agricole et le monde industriel ne se recoupent pas sur le terrain du droit des brevets et c'est alors l'hypothèse initiale du conflit qui disparaît.

Il y a cependant une situation dans laquelle le brevet pris sur certains produits imprime ses effets, non seulement à l'encontre des concurrents, de manière classique, mais aussi en direction de l'utilisateur du produit. Elle concerne les produits issus du monde vivant.

3. Les organismes vivants (micro-organismes, végétaux, animaux) obéissent à des lois naturelles qui exercent une influence importante sur le régime juridique des créations industrielles. Le caractère vivant d'une invention impose en effet de résoudre deux difficultés majeures : la faculté de réplication (autoréplication) des organismes vivants qui transmettent aux générations successives leurs caractéristiques génétiques et l'unité du monde vivant à travers ses éléments constitutifs qui permet aux industriels de passer outre les contraintes biologiques naturelles.

En Europe, la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 *relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, étend la protection à la descendance et à toute matière incorporant l'information génétique brevetée. Ces dispositions, conformes à la logique interne du droit des brevets, déroulent mécaniquement les effets du brevet très au-delà de ce que l'on observe lorsque l'invention ne relève pas du monde vivant et compromettent certains équilibres, là où l'exploitation des végétaux et des animaux est au cœur de l'activité.

4. L'opposition initialement évoquée trouve ici son terrain. Les semences, qui sont des produits vivants, peuvent être le siège d'un ou de plusieurs brevets lorsque des modifications génétiques ont été apportées afin de doter les végétaux ou animaux obtenus de performances

² L'article 53 de la Convention sur le brevet européen (CBE) énonce, au titre des « Exceptions à la brevetabilité » que « Les brevets européens ne sont pas délivrés pour : (...) b) les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux (...) ». La CBE précise la notion de « procédé essentiellement biologique d'obtention » dans sa Règle 26. 5 du Règlement d'exécution de la Convention et retient que : « Un procédé d'obtention de végétaux ou d'animaux est essentiellement biologique s'il consiste intégralement en des phénomènes naturels tels que le croisement ou la sélection. » De son côté, l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime répute « agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. »

³ L'article 57 CBE définit la condition d'application industrielle ainsi : « Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ».



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

nouvelles. La délivrance de ces brevets provoque des contraintes qui pèsent sur l'activité de l'agriculteur, utilisateur final de la semence protégée.

Plus largement, la question est souvent posée de l'opportunité de la brevetabilité des semences au regard des enjeux fondamentaux auquel notre siècle doit faire face, qu'il s'agisse du risque de pénuries alimentaires, de l'indépendance alimentaire des États, des contraintes environnementales... Cette question de la légitimité du droit des brevets qui dépasse le domaine des semences est désormais récurrente⁴ et paraît bien difficile à résoudre, y compris sur le plan théorique⁵.

Au demeurant, le sujet de l'intervention invite, seulement, à exposer les solutions juridiques qui permettent aux producteurs agricoles d'échapper, peu ou prou, à la rigueur du monopole du breveté.

5. Au volet « droit exclusif » du droit des brevets s'apparie un « volet social » qui exprime autrement les valeurs de l'intérêt général. Certes, ce second volet n'a pas évolué aussi vite que le premier, mais on doit noter l'amorce de changements profonds. Du médicament, illustration magistrale, le droit des brevets issu de l'accord sur les ADPIC ne connaissait initialement que l'invention à protéger. Depuis l'accord de Doha, le volet social s'est renforcé avec la création de nouveaux instruments juridiques (même si leur efficacité reste à vérifier)⁶.

Les assouplissements introduits dans ce cadre pourraient donc constituer un modèle ; les médicaments comme les semences ne constituent-ils pas des symboles forts : ceux de la Vie, de la survie ? Mais la comparaison avec les règles de protection des médicaments n'offre pas de résoudre toutes les difficultés qui touchent le secteur alimentaire. Les assouplissements qui ont été introduits en matière de médicaments concernent et se limitent à des situations d'urgence.

6. Dans ces conditions, le sujet invite à considérer, au delà de la lettre, l'esprit qui le porte. C'est la raison pour laquelle, outre les dérogations au sens strict (II), seront examinées les limites au monopole du breveté (I) au regard des principes énoncés dans l'accord sur les ADPIC et des règles issues du droit communautaire. Enfin, bien que le titre postule l'existence d'un monopole, il paraît utile d'envisager, *de lege feranda* la question de la non brevetabilité de certaines inventions (III).

I – LES LIMITES AU MONOPOLE

7. Aux termes de l'article 28. 1 de l'accord sur les ADPIC, le brevet confère à son titulaire des droits exclusifs qui lui permettent d'interdire, dans les cas où l'objet du brevet est un produit, la fabrication, l'utilisation, l'offre à la vente, la vente ou l'importation à ces fins du produit et, en présence d'un procédé, l'utilisation du procédé et l'utilisation, l'offre à la vente, la vente ou l'importation à ces fins, du produit obtenu directement par ce procédé.

⁴ IRDP, *La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens*, Colloque des 16 & 17 juin 2005, Nantes, Litec coll. IRPI, n° 27, 2006.

⁵ B. Remiche et V. Cassiers, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Larcier, 2010, n° 21 et s. ; G. Canivet, « Droit de la propriété intellectuelle et efficacité », in *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé* (dir. V. de Beaufort), Vuibert, 2009, p. 31.

⁶ J.-P. Clavier, « L'accès au médicament breveté », in *Open science et marchandisation des connaissances*, Cahiers Droit, Sciences et Technologies, CNRS éditions, n° 3, juin 2010, p. 179.



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

Lorsque le brevet a pour objet une invention biotechnologique, la directive 98/44/CE qui a été transposée dans les législations internes des Etats européens ainsi que dans le Règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens (CBE) étend la protection conférée « à toute matière biologique obtenue à partir de cette matière biologique par reproduction ou multiplication sous forme identique ou différenciée et dotée de ces mêmes propriétés (...) » (art. 8) et « à toute matière, (...) dans laquelle le produit est incorporé et dans laquelle l'information génétique est contenue et exerce sa fonction » (art. 9).

Face à cette extension de la protection, des limites peuvent être dressées ; les unes tiennent à la finalité fonctionnelle de l'invention (A), les autres sont la conséquence de la mise sur le marché du produit breveté (B), les dernières sont destinées à préserver la liberté de développer de nouvelles variétés végétales (C).

A – LES LIMITES RESULTANT DE LA NECESSAIRE FINALITE FONCTIONNELLE DE L'INVENTION

8. La CJUE a rendu une décision importante, le 6 juillet 2010⁷, sur la question de l'étendue des droits de la société Monsanto tirés d'un brevet européen couvrant une séquence génétique introduite dans l'ADN d'une plante de soja qui lui confère une résistance à l'herbicide « Roundup ».

Les douanes chargées de la lutte contre la contrefaçon interceptèrent dans un port des Pays-Bas, trois chargements de farine de soja en provenance d'Argentine et à destination du marché européen. La marchandise fut retenue, en application du Règlement n° 1383/2003 du 22 juillet 2003 *concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle (...)*, pour permettre au titulaire du brevet de procéder à des analyses qui révéleront la présence de la séquence d'ADN revendiquée dans le brevet.

La société Monsanto demanda alors à la juridiction nationale saisie d'interdire la commercialisation de cette farine en Europe sur le fondement de l'article 9 de la directive 98/44/CE. La juridiction batave hésita sur le sens à donner à la disposition finale du texte : « *exerce sa fonction* », car il est certain que l'ADN trouvé dans la farine n'exerce, à ce stade de l'évolution du produit, plus aucune fonction ; il était destiné à s'exprimer dans la plante de soja, non dans la farine de cette plante.

Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de Justice dit pour droit que l'article 9 de la directive « *doit être interprété en ce sens qu'il ne confère pas une protection des droits de brevet dans des circonstances telles que celles du litige au principal, lorsque le produit breveté est contenu dans de la farine de soja, où il n'exerce pas la fonction pour laquelle il est breveté, mais a exercé celle-ci antérieurement dans la plante de soja, dont cette farine est un produit de transformation, ou lorsqu'il pourrait éventuellement exercer à nouveau cette fonction, après avoir été extrait de la farine puis introduit dans une cellule d'un organisme vivant* ».

⁷ aff. C-428/08, Monsanto Technology LLC c/ Cefreta BV.



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

Le breveté ne peut donc pas, dans ces circonstances, s'opposer à la commercialisation de la farine en Europe ; le commerce de cette farine produite en Argentine à partir du soja « RR » (Roundup Ready) non protégé sur ce territoire par un brevet est donc totalement libre.

9. Cette solution peut apparaître, en première analyse, surprenante. En effet, l'objet protégé par le brevet européen n'est ni la plante en elle-même, ni la farine obtenue mais la séquence ADN. Or, la CJUE donne l'impression de résoudre un problème que Monsanto ne pose pas : celui de la protection de la farine au motif qu'elle contient la séquence d'ADN brevetée. Que la farine ne soit pas protégée parce que la séquence brevetée ne produit pas d'effet est une chose que l'on peut admettre aisément.

En revanche, que cette séquence ne soit plus protégée en elle-même paraît constituer une limite majeure, car ce n'est plus l'article 9 qui est concerné, mais le droit commun des brevets. La solution de la Cour invite à retenir que la protection de l'invention constituée d'une information génétique n'est envisageable, en tant que telle, qu'autant qu'elle exerce sa fonction. En vérité, la solution est logique ; la séquence d'ADN (produit issu de la nature) ne peut être brevetée (et le brevet ne peut produire ses effets) que si un effet technique est décrit et à la condition qu'elle exerce ladite fonction technique⁸.

B – LES LIMITES RESULTANT DE LA MISE SUR LE MARCHÉ DU PRODUIT BREVETÉ

10. La mise sur le marché d'un produit breveté avec le consentement du titulaire entraîne un épuisement de certaines prérogatives. En premier lieu, le titulaire du droit de brevet ne peut contrôler les commercialisations successives du produit, en second lieu, lorsqu'il s'agit d'une invention biotechnologique, l'article 10 de la directive 98/44/CE prive le titulaire de droits sur la matière biologique obtenue sous certaines conditions.

11. Les entreprises qui commercialisent leurs produits dans un grand nombre de pays adaptent leurs prix en fonction des spécificités de chaque marché ; cette politique de prix différenciés est parfaitement tenable si elles parviennent à cloisonner les différents marchés pour éviter les importations parallèles des pays où les produits sont vendus à bas prix vers les pays où ils sont vendus à des prix plus élevés. L'un des moyens efficaces de cloisonner les marchés est de recourir aux droits de propriété industrielle (marques et brevets principalement) qui offrent, potentiellement, une exclusivité commerciale sur chaque territoire national.

La théorie de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle permet de faire échec au cloisonnement des marchés et favorise ainsi la concurrence par les prix. L'application de la règle de l'épuisement qui rend les commercialisations successives totalement libres, peut dépendre, juridiquement, du lieu de la première commercialisation. En droit communautaire, la règle ne s'applique qu'aux produits qui ont fait l'objet d'une première commercialisation en Europe (épuisement communautaire)⁹. Il existe aussi des Etats pour lesquels ce lieu est indifférent (épuisement international), sous réserve, dans tous les cas, que la première commercialisation ait été faite dans des conditions acceptées par le titulaire du brevet. Certes, la règle de l'épuisement international avive la concurrence par les prix et profite, davantage

⁸ La protection conférée aux séquences génétiques est une protection « fondée sur la finalité » (« *purpose-bound* »). Concl. de l'avocat général Paolo Mengozzi, 9 mars 2010, C-428/08.

⁹ CJCE, 1^{er} juillet 1999, C-173/98, Sebago Inc.



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

encore que celle de l'épuisement communautaire, aux utilisateurs (consommateurs) de produits brevetés.

Mais les effets de la règle de l'épuisement du droit doivent être bien compris. Tout d'abord, la stimulation de la concurrence n'est perceptible que dans les pays où les produits sont vendus à un prix élevé, en revanche, dans les pays où les prix sont déjà bas, la règle est, au mieux, neutre. Il n'est cependant pas interdit de penser qu'elle puisse produire des effets négatifs. On peut craindre, en effet, que l'entreprise mise en difficulté sur les marchés où les prix sont élevés renonce à commercialiser ses produits là où elle pratique des prix bas pour mettre un terme aux importations parallèles. Cette situation pourrait affecter le développement économique de ces pays, tandis que les prix remonteraient sur les autres marchés.

12. L'article 10 de la directive 98/44/CE instaure une application circonstanciée de la règle de l'épuisement aux inventions biotechnologiques brevetées. Le sort de la matière biologique obtenue naturellement, à la suite d'une reproduction ou d'une multiplication, de celle qui a été acquise et est utilisée de manière licite devait être réglé sur le plan juridique. L'article énonce que *« La protection visée aux articles 8 et 9 ne s'étend pas à la matière biologique obtenue par reproduction ou multiplication d'une matière biologique mise sur le marché sur le territoire d'un État membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement, lorsque la reproduction ou la multiplication résulte nécessairement de l'utilisation pour laquelle la matière biologique a été mise sur le marché, pourvu que la matière obtenue ne soit pas utilisée ensuite pour d'autres reproductions ou multiplications »*.

Il résulte donc de ces dispositions que certaines matières biologiques, bien qu'elles recèlent les éléments protégés par le brevet, échappent au monopole du titulaire.

C – LES LIMITES PRESERVANT LA LIBERTE DE DEVELOPPER DE NOUVELLES VARIETES VEGETALES

13. Les articles L. 613-5-3 et L. 623-25 du Code de la propriété intellectuelle introduisent, en droit français, une limite au monopole du titulaire d'un brevet pour le premier texte, et au monopole du titulaire d'un certificat d'obtention végétale pour le second, dans le but de favoriser le développement de nouvelles variétés végétales.

Pour obtenir une nouvelle variété de plante, il est nécessaire de croiser entre elles des plantes existantes, appartenant à des variétés différentes, car nul ne peut créer *ex nihilo* une nouvelle variété végétale. Lorsque ces variétés sont le siège d'un droit de propriété industrielle (COV ou brevet lorsqu'il s'agit d'une séquence génétique introduite dans une plante), leur exploitation nécessite l'autorisation du titulaire. Le risque d'un blocage est alors certain.

L'article L. 623-25 CPI énonce, à l'alinéa 2 que *« ne constitue pas une atteinte aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention l'utilisation de la variété protégée comme source de variation initiale en vue d'obtenir une variété nouvelle »*. Cette limite qualifiée « privilège de l'obtenteur » est caractéristique de l'équilibre trouvé au sein du droit des obtentions végétales ; équilibre menacé avec les biotechnologies qui offrent la possibilité d'introduire un gène breveté au sein d'une plante. L'article L. 615-5-3 CPI étend les effets de cette règle aux cas où les plantes utilisées comme source de variation initiale comporteraient un gène breveté. Il précise que *« les droits conférés par les articles L. 613-2-2 et L. 613-2-3 ne s'étendent pas*



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

aux actes accomplis en vue de créer ou découvrir et de développer d'autres variétés végétales »¹⁰.

Ainsi délimité, le monopole du breveté peut s'exercer pleinement, sous réserve des exceptions, autrement dit des dérogations, qui peuvent profiter à des tiers.

II – LES DEROGATIONS AU MONOPOLE

14. Après avoir indiqué, à l'article 7, que la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle doivent s'opérer *« d'une manière propice au bien-être social et économique »*, l'accord ADPIC, au titre des *« dispositions générales et principes fondamentaux »*, relatifs à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle retient à l'article 8. 1 que *« les Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord. »*

La protection de la nutrition peut donc justifier l'adoption par les États membres de *« mesures nécessaires »* à condition qu'elles soient compatibles, précise le texte *in fine*, *« avec les dispositions du présent accord »*.

L'article 30 de l'accord retient, au surplus, que les exceptions aux droits exclusifs conférés par un brevet doivent être limitées et ne pas porter atteinte *« de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet »*, ni causer *« un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers »¹¹.*

De lege lata, deux dérogations doivent être présentées : l'une concerne directement le domaine agricole (A), tandis que l'autre a une portée plus large (B).

A - LA DEROGATION RELATIVE AUX « SEMENCES DE FERME » (ARTICLE 11 DIR. 98/44/CE)

15. Cette disposition est extrêmement importante pour les agriculteurs car se joue, pour une partie sur ce terrain, la question de leur indépendance à l'égard de l'industrie semencière.

Le caractère reproductible de certaines semences mises sur le marché investit l'acquéreur, au terme du cycle de reproduction de la plante, d'un matériel de reproduction qui présente des caractéristiques génétiques identiques à celles qui sont couvertes par le brevet. Autrement dit, l'utilisation normale des semences réalise naturellement un acte de

¹⁰ Ces dispositions seront nécessaires aussi longtemps que le droit français ignorera la notion de *« variété essentiellement dérivée »* introduite dans le règlement 2100/94 du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales (art. 13.5 a). V. la proposition de loi relative aux certificats d'obtention végétale déposée à l'Assemblée nationale, le 19 oct. 2010, n° 2879.

¹¹ L'article impose le *« test des trois étapes »* aux exceptions en droit des brevets. Sur ce point v. notamment : M. Senftleben, *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights ? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*, IIC 2006, 37, p. 407.



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

reproduction de l'invention brevetée. La pratique ancienne des agriculteurs qui consiste à conserver une partie de la récolte pour ensemer leurs champs l'année suivante se heurte ici à la règle posée en droit des brevets qui étend la portée des droits exclusifs du breveté à toute matière équivalente dans les termes des articles 8 et 9 de la directive 98/44/CE.

L'article 11 de la directive 98/44/CE énonce cependant deux dérogations symétriques aux articles 8 et 9 ; l'une pour les semences végétales, l'autre pour les semences animales. Ainsi, pour s'en tenir aux premières, *« la vente ou une autre forme de commercialisation de matériel de reproduction végétal par le titulaire du brevet ou avec son consentement à un agriculteur à des fins d'exploitation agricole implique pour celui-ci l'autorisation d'utiliser le produit de sa récolte pour reproduction ou multiplication par lui-même sur sa propre exploitation, l'étendue et les modalités de cette dérogation correspondant à celles prévues à l'article 14 du règlement (CE) n° 2100/94. »*

Le texte aligne explicitement l'étendue et les modalités de cette dérogation sur celles prévues à l'article 14 du Règlement *instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales* du 27 juillet 1994 (dit Règlement de base), qui justifie la « *Dérogation à la protection communautaire des obtentions végétales* » par la nécessité de sauvegarder « *la production agricole* » (§ 1) et « *les intérêts légitimes de l'obtenteur et de l'agriculteur* » (§ 3). La dérogation concerne une vingtaine de plantes agricoles limitativement énumérées¹². Les modalités de la dérogation au monopole du breveté fixées au § 3 de l'article 14 ont été précisées par plusieurs règlements de la Commission européenne¹³.

Au regard de la contrepartie allouée au titulaire du droit de propriété industrielle (COV, brevet), le texte distingue les « *petits agriculteurs* » qui ne sont pas tenus de payer une redevance, des « *autres agriculteurs* » qui doivent verser une rémunération équitable¹⁴. Le règlement de base indique, d'une manière générale, ce qu'il faut entendre par « *équitable* » et invite à raisonner en partant de ce que serait la redevance versée dans le cadre d'une licence librement consentie entre le titulaire des droits et un agriculteur, pour la réduire « *sensiblement* ».

16. Pour autant, la dérogation prévue sur le terrain juridique n'est rien face aux technologies dites *Terminator*. Comme on le sait l'hybridation n'est possible, naturellement, que pour certaines plantes comme le maïs qui deviennent stériles ; l'agriculteur est alors tenu de s'approvisionner en semences chaque année. A la fin des années 90, le dépôt d'une demande de brevet aux États-Unis a révélé l'existence d'une technique de contrôle de l'expression

¹² Voir les interventions suivantes qui traitent des différents aspects de cette question sur le fondement de la Convention UPOV.

¹³ Règlement (CE) n° 1768/95 de la Commission, du 24 juillet 1995, établissant les modalités d'application de la dérogation prévue à l'article 14 paragraphe 3 du règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales. Règlement n° 2605/98 de la Commission du 3 décembre 1998 modifiant le règlement (CE) n° 1768/95 établissant les modalités d'application de la dérogation prévue à l'article 14, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales.

¹⁴ La distinction entre les « *petits agriculteurs* » et les « *autres agriculteurs* » n'a pas été introduite, par exemple, dans l'accord de Bangui du 2 mars 1977 instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle, révisé en 1999. Annexe 10 de la *protection des obtentions végétales*. Tous les agriculteurs sont, au titre de cette dérogation, tenus de verser une redevance au titulaire des droits.



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

génétique chez les plantes. Grâce à cette invention, il est possible de stériliser les plantes à fort potentiel génétique et, par voie de conséquence, de « stériliser » le privilège du fermier¹⁵.

B - LES LICENCES IMPOSEES

17. Le titulaire d'un brevet peut se voir imposer un contrat d'exploitation de son titre par l'autorité administrative dans certains cas ou par l'autorité judiciaire dans d'autres. Les licences imposées constituent la dérogation la plus nette au monopole car, bien qu'elles ne privent pas le titulaire d'un droit à rémunération, elles permettent de passer outre le refus ou l'incapacité du breveté à exploiter l'invention dans des conditions plus conformes à l'intérêt général. Mais, ces licences demeurent des réponses à des crises et ne sont pas envisageables pour établir un équilibre ordinaire dans un secteur économique. C'est le sens de l'article 31 de l'accord sur les ADPIC qui soumet l'octroi d'une licence obligatoire à l'appréciation « *des circonstances qui lui sont propres* ». En droit français, le caractère nécessairement exceptionnel de ces mesures est garanti par le nombre limité des hypothèses de délivrance d'une licence imposée et par les conditions strictes d'octroi et d'exploitation de ces licences.

18. Plusieurs de ces contrats forcés peuvent trouver à s'appliquer dans le domaine de l'alimentation à condition de le définir d'une manière très large. Ainsi un brevet délivré pour des médicaments vétérinaires peut être placé sous le régime d'une licence d'office « *lorsque l'économie de l'élevage l'exige* » (art. L. 5141-13 du code de la santé publique). Il en va de même lorsqu'une variété végétale est « *indispensable à la vie humaine ou animale* » ou « *lorsqu'elle intéresse la santé publique* », (art. L. 623-17 CPI).

A ces licences d'office s'ajoutent les licences obligatoires pour défaut d'exploitation de l'invention brevetée (art. L. 613-11 CPI et s.) ou pour cause de dépendance. Cette dernière hypothèse vise les difficultés d'exploitation d'un brevet ou d'un droit d'obtention végétale provoquées par la proximité d'un titre de propriété industrielle antérieur détenu par un tiers. Le principe en droit des brevets est l'interdiction d'exploiter si cela doit porter atteinte au titulaire du droit antérieur, cependant le législateur aménage, pour des cas exceptionnels, un régime de licence qui en matière d'inventions biotechnologiques réside à l'article 12 de la directive 98/44/CE. L'octroi de telles licences suppose « *que la variété ou l'invention représente un progrès technique important d'un intérêt économique considérable par rapport à l'invention revendiquée dans le brevet ou à la variété végétale protégée* » (art. 12, 3. b) Dir. 98/44/CE)¹⁶.

III – LA NEGATION DU MONOPOLE

19. Les dérogations au monopole signifient que, perdant l'exclusivité, le titulaire perd le pouvoir de s'opposer à certaines formes d'exploitation sans qu'il soit privé d'une contrepartie financière pour prix de cette exploitation. Il en irait différemment en cas de négation totale de ses droits exclusifs, autrement dit si certaines inventions devaient être déclarées non brevetables. Il s'agit dans ces développements d'envisager des hypothèses qui, dans l'avenir, pourraient conduire à refuser l'octroi d'un brevet sur certaines inventions.

¹⁵ A la manière des mesures techniques de protection des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur. La technologie « *Terminator* » n'a, semble-t-il, jamais été mise en œuvre.

¹⁶ M. Boizard, « Licence de dépendance entre brevet et certificat d'obtention végétale : le point d'équilibre ? », *Propriété industrielle*, nov. 2005, Etude n° 24.



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

A – LA NON BREVETABILITE DES INVENTIONS PORTANT ATTEINTE A L'ORDRE PUBLIC ALIMENTAIRE

20. Il est traditionnel¹⁷ d'exclure de la brevetabilité les inventions dont l'exploitation commerciale heurterait l'ordre public¹⁸. Ainsi, la directive 98/44/CE précise que les notions d'« *ordre public et (des) bonnes mœurs correspondent notamment à des principes éthiques ou moraux reconnus dans un État membre, dont le respect s'impose tout particulièrement en matière de biotechnologie en raison de la portée potentielle des inventions dans ce domaine et de leur lien inhérent avec la matière vivante ; que ces principes éthiques ou moraux complètent les examens juridiques normaux de la législation sur les brevets, quel que soit le domaine technique de l'invention* »¹⁹.

Le droit européen des brevets retient à l'article 53 CBE consacré aux « *Exceptions à la brevetabilité* » que « *les brevets européens ne sont pas délivrés pour : a) les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

L'accord sur les ADPIC, après avoir rappelé le principe, donne des applications possibles de la règle en offrant aux États membres, à l'article 27. 2, la possibilité de justifier le refus de breveter une invention par la nécessité de protéger la santé, la vie humaine et animale, de préserver les végétaux, ou éviter de graves atteintes à l'environnement²⁰. Ce dernier texte offre donc des points d'ancrage pour un futur ordre public alimentaire.

Certaines dispositions nationales, comme le droit français à l'article L. 611-17 CPI, étendent la non brevetabilité aux inventions « *dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine.* » Cette dernière notion pourrait amener à considérer qu'il est porté atteinte à la dignité d'une personne lorsqu'elle se trouve privée d'une alimentation saine et suffisante.

Mais aussi large que soit la notion d'ordre public, il faudra encore, pour empêcher la délivrance d'un brevet, établir que la commercialisation de l'invention prive une population d'une alimentation en quantité comme en qualité suffisantes.

21. Au delà, il faut considérer que le rejet d'une demande de brevet pour cette raison, si elle prive l'inventeur d'un titre de propriété, ne l'empêche nullement de poursuivre l'exploitation industrielle et commerciale de l'invention. Ainsi, le rejet de la demande de brevet pour protéger une invention au motif qu'elle provoque des souffrances aux animaux²¹ n'apaise en rien leurs souffrances si l'invention continue à être exploitée. En outre, remplaçant le monopole légal par une organisation contractuelle qui n'est, parfois, pas loin d'être aussi efficace, l'inventeur enfouit la connaissance technique contestable dans un labyrinthe de stipulations conventionnelles qui la rend plus difficilement contrôlable par la société.

¹⁷ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, éditions du Recueil Sirey, partie 2, 1954, p. 102.

¹⁸ « *Tout bien pesé, le jeu de l'ordre public n'est pas si incongru qu'on pouvait le penser de prime abord. Il exprime l'inacceptable* » ; M. Vivant, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 324.

¹⁹ Considérant 39, Dir. 98/44/CE.

²⁰ Voy. P. Arhel, « Contribution du droit des brevets à la protection de l'environnement », *Propri. industr.*, sept. 2010, Etude n° 14.

²¹ En application de l'article 6, 2°, d) Dir. 98/44/CE transposé à l'art. L. 611-19, I. 4° CPI.



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

En vérité, la vérification de la conformité d'une activité à l'ordre public ne peut donner sa pleine mesure que si elle est effectuée en amont de l'examen de la brevetabilité, et, pour tout dire, en dehors du droit des brevets.

B – LA SUSPENSION DE LA PROTECTION

22. Un récent rapport²² du Centre d'analyse stratégique rend compte d'idées radicales portées par une « logique de partage » à promouvoir à l'échelle de la planète au sein du droit des brevets. Formulée à propos de la lutte contre le changement climatique²³, l'idée « *consistant à suspendre la protection par les brevets lorsqu'il s'agit d'utilisation dans les PMA, ou encore à interdire aux entreprises – transnationales ou non – de breveter des ressources génétiques et notamment le patrimoine génétique de variétés végétales ou de races animales considérées comme essentielles sur le plan des réponses au changement climatique* » pourrait, une fois admise, être étendue à d'autres urgences planétaires.

Mais, il faut reconnaître que, *de lege lata*, l'idée se heurte à l'article 27 de l'accord ADPIC qui veut qu'un brevet puisse « *être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques* » et retient qu'il devra être « *possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale* ».

23. La conclusion de ce survol des « *dérogations au monopole en droit des brevets* » applicables aux produits agricoles peut sembler décevante pour qui doute que le droit des brevets soit (encore) au service de l'intérêt général. Gageons que la contestation dont la propriété intellectuelle est l'objet débouchera sur des mutations profondes dans les années à venir. Plusieurs hypothèses ont été avancées dont « *une remise en cause partielle et constructive de la propriété intellectuelle, via l'implication du grand public, en concertation avec les acteurs socioprofessionnels* »²⁴ qui nous semble plausible.

De nouvelles dérogations, externes celles-ci, au droit des brevets pourraient être envisagées et se justifier par le constat que le droit exclusif doit céder devant d'autres logiques jugées supérieures au regard de l'intérêt général. Il en est ainsi du droit de la concurrence²⁵ qui a imprimé ses effets sur le droit de la propriété intellectuelle avec la règle déjà évoquée de l'épuisement des droits comme avec celle de la théorie des infrastructures essentielles²⁶.

²² « *Les négociations sur le changement climatique : vers une nouvelle donne internationale* », Rapports et documents, Janvier 2010, http://www.strategie.gouv.fr/article.php?id_article=1081.

²³ Voir aussi à propos de la biodiversité : M. Francheteau-Laronze, « La marchandisation des connaissances en matière d'exploitation des ressources génétiques végétales : entre porosité et hermétisme », in *Open science et marchandisation des connaissances*, Cahiers Droit, Sciences et Technologies, CNRS éditions, n° 3, juin 2010, p. 215.

²⁴ Voir les différentes hypothèses d'évolution dans les prochaines années retenues et exposées dans le rapport du groupe de projet PIETA (R. Lallement), *Quel système de propriété intellectuelle pour la France d'ici 2020*, Paris, 2006, spécialement p. 128 et suiv. : http://www.epo.org/topics/patent-system/scenarios-for-the-future/other-scenarios_fr.html.

²⁵ P. Arhel, « Propriété intellectuelle et droit de la concurrence : réflexions des autorités indiennes sur le recours à la licence obligatoire », *Propri. industr.*, déc. 2010, Étude n° 17.

²⁶ C. Bernault et J.-P. Clavier, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2008, V° *Infrastructure essentielle*.



"La valorisation des produits agricoles : approche juridique"
Colloque Lascaux - 28 & 29 novembre 2010

Une autre limite externe, que le programme Lascaux s'emploie à forger, pourrait venir d'un droit à l'alimentation.